

Tom Barkhuysen & Michiel van Emmerik*

23 | Equality of arms en de Algemene wet bestuursrecht

@T_Barkhuysen/M_vanEmmerik – Awb is in het algemeen in balans met eisen van equality of arms, gegarandeerd door 6 EVRM of ongeschreven rechtsbeginselen. Vereist wel een actieve rechter en ook de introductie van de ‘burgerlijke lus’ #procesrecht#equality-of-arms#burgerlijke-lus

1. Inleiding

Het bestuursprocesrecht, zoals dat is neergelegd in de Algemene wet bestuursrecht (Awb), is – vergeleken met veel andere onderwerpen die deze jubilerende wet regelt – de afgelopen 25 jaar niet bepaald een rustig bezit geweest. Dit betreft zowel de wettekst als de jurisprudentie. Afgezien van de nodige detailwijzigingen in het kader van *fine tuning* valt toch wel het meest op dat het bestuursprocesrecht steeds meer gericht is geraakt op effectieve geschilbeslechting en dat mede in dat verband een verschuiving heeft plaatsgevonden van een *recours objectif* naar een *recours subjectif*.¹ Qua wetswijzigingen springen in het oog de invoering van de bestuurlijke lus, het verruimen van de mogelijkheden om gebreken in besluiten te passeren en de introductie van het relativiteitsvereiste. Maar ook vers in het geheugen liggen de fuikendiscussie, het al dan niet balanceren boven nul als de rechter een besluit toetst (de rechter als scheids- of als grensrechter), het aanscherpen van de eisen voor belanghebbendheid van algemeen belang organisaties en ga zo maar door. Grosso modo kan worden vastgesteld dat van een bestuursprocesrecht dat de burger in een procedure tegen de overheid bij de hand neemt in het kader van ongelijkheidscompensatie, we nu terecht zijn gekomen in een veel zakelijker procesrechtelijk speelveld waarop de burger de nodige risico's loopt wanneer hij niet uit zichzelf de goede stappen zet. Voor dat nieuwe evenwicht valt vanuit doelmatigheidsperspectief en ook vanuit de belangen van andere betrokken partijen het nodige te zeggen, zij het dat het gebrek aan verplichte rechtsbijstand steeds meer gaat wringen.

Tegelijk roept deze ontwikkeling de vraag op of er gegeven dit nieuwe speelveld wel in alle gevallen wordt voldaan aan de eisen die voortvloeien uit de

* Prof. mr. T. Barkhuysen is advocaat-partner bij Stibbe en hoogleraar staats- en bestuursrecht aan de Universiteit Leiden. Mr. dr. M.L. van Emmerik is universitair hoofddocent staats- en bestuursrecht aan de Universiteit Leiden en rechter-plaatsvervanger in de afdeling bestuursrecht van de Rechtbank Midden-Nederland. Omwille van de omvang van deze bijdrage is afgezien van uitvoerige verwijzingen naar jurisprudentie en literatuur.

¹ Vgl. B.W.N. de Waard (m.m.v. J.B.J.M. ten Berge), *Leerstukken van bestuursprocesrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015.

equality of arms regel van artikel 6 EVRM (ook neergelegd in artikel 47 EU Grondrechtenhandvest). Zou er op onderdelen of in ieder geval in concrete gevallen niet een correctie van de huidige balans nodig zijn om daarmee een gelijk speelveld tussen in een procedure betrokken partijen te garanderen? En is het daarbij niet noodzakelijk het idee van ongelijkheidscompensatie weer iets meer op de voorgrond te plaatsen? Een en ander natuurlijk zoveel mogelijk met behoud van de vele efficiencyvoordelen van het huidige procesrecht.

In deze korte bijdrage proberen wij daarvoor op hoofdlijnen een voorzet te doen, zodat de Awb ook de komende jaren qua procesrecht vooruit kan en op voldoende legitimatie kan rekenen. Daartoe schetsen we eerst heel kort om welke equality eisen het gaat (onder 2). Dan bezien we welke knelpunten er bestaan als het gaat om het via de Awb accommoderen van deze eisen en hoe deze mogelijk weg te nemen (onder 3). Onder 4 volgt een kort slotwoord.

2. Welke eisen vloeien voort uit het equality of arms vereiste onder artikel 6 EVRM?

In het kader van deze bijdrage voert het te ver uitgebreid in te gaan op de equality of arms eisen die voortvloeien uit het recht op een eerlijk proces, zoals beschermd door artikel 6 EVRM.² Uit dit recht op een eerlijk proces leidt het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (verder EHRM of Hof) diverse procedurele garanties af die samenhangen met het beginsel van equality of arms, het recht voor de in de (bestuurs)rechtelijke procedure betrokken burger om met ‘dezelfde wapenen’ als de overheid te kunnen procederen, bijvoorbeeld als het gaat om de verstrekking van processtukken of de gelijke toegang tot geheime informatie.³ Verder volgt uit het recht op een eerlijk proces dat de (bestuurs)rechter afdoende motiveert waarom er geen aanleiding bestaat getuigen te horen. Ook moeten (bestuurs)rechters zich actief opstellen als het gaat om het oproepen van getuigen die mogelijk licht kunnen doen schijnen op voor de beslechting van het geschil in kwestie cruciale feiten. De bestuursrechter kan zich dan niet alleen verschuilen achter de vraag of partijen zelf getuigen hebben opgeroepen of meegebracht naar de zitting.⁴ Daarnaast heeft het EHRM uitgemaakt dat in geval van door een bestuursorgaan of door een rechter ingewonnen deskundigenadvies dat een overwegende invloed heeft op de uitkomst van een rechterlijke procedure, de betreffende deskundigen voldoende neutraal moeten zijn, wil de rechter daarop

² Zie o.m. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, *Europese grondrechten en het Nederlandse bestuursrecht. De betekenis van het EVRM en het EU-Grondrechtenhandvest*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, met nadere verwijzingen.

³ EHRM 19 juli 1995, ECLI:CE:ECHR:1995:0719JUD001750690, Series A vol. 322 (*Kerojärvi/Finland*); vgl. EHRM 20 juli 2011, ECLI:CE:ECHR:2010:0720JUD000490006, AB 2011/132, m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik (*A./Nederland*).

⁴ EHRM 15 maart 2016, ECLI:CE:ECHR:2016:0315JUD003996609, AB 2016/132, m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik, JB 2016/86, m.nt. Timmermans (*Gillissen/Nederland*).

– in beslissende mate – mogen varen. Bij een gebrek aan neutraliteit van een door het bestuursorgaan ingeschakelde deskundige kan de rechter daarop niet zonder meer afgaan. Hij moet dan op andere wijze proberen het evenwicht tussen partijen te herstellen. Dit kan, bijvoorbeeld, door de betrokkene in staat te stellen zelf met deskundig tegenbewijs te komen of – wanneer dat (om financiële redenen) niet mogelijk blijkt door zelf een deskundige in te schakelen. Gebeurt dat niet, dan wordt in strijd met het vereiste van equality of arms gehandeld. Wanneer een door de rechter ingeschakelde deskundige onder deze omstandigheden onvoldoende neutraal is, is er eveneens sprake van een schending van dit vereiste en wordt bovendien aangenomen dat daarmee ook de rechter zelf ‘besmet’ raakt en niet meer wordt voldaan aan het vereiste van onpartijdigheid van artikel 6 EVRM.⁵ Ten slotte kan het niet voorzien in kosteloze rechtsbijstand onder omstandigheden ook in strijd komen met het beginsel van equality of arms.⁶

Nu artikel 6 EVRM niet op alle geschillen van toepassing is, is het van belang dat de Afdeling bestuursrechtspraak het beginsel van equality of arms tot algemeen aan artikel 6 EVRM ten grondslag liggend rechtsbeginsel heeft bestempeld. Daardoor zijn de desbetreffende eisen over de hele linie van het bestuursrecht van toepassing, zij het dat daarmee strijdige formele wetgeving niet op basis van dat beginsel opzij kan worden gezet.⁷

3. Knelpunten en mogelijke oplossingen

In grote lijnen kan worden vastgesteld dat de procesrechtelijke regels van de Awb voldoende tegemoetkomen aan de eisen van equality of arms. In ieder geval zijn er geen bepalingen aan te wijzen die hieraan in de weg staan. Knelpunten doen zich vooral voor als het gaat om de praktijk van de bestuursrechter bij het al dan niet benutten van procesrechtelijke mogelijkheden die de Awb biedt.

In onze bijdrage aan de bundel *15 jaar Awb*⁸ lieten wij zien dat er met een beroep op de eisen van equality of arms destijds vergeefs is geprobeerd de rege-

⁵ EHRM 8 oktober 2015, ECLI:CE:ECHR:2015:1008JUD00772121, AB 2016/167, m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik, RSV 2016/27, m.nt. Faas (*Korošec/Slovenië*). Zie nader B.J. van Ettekoven, ‘De betekenis van de uitspraak Korošec tegen Slovenië voor het Nederlandse bestuursrecht’, O&A 2016/29; zie eerder o.m. EHRM 18 maart 1997, ECLI:CE:ECHR:1997:0318JUD002149793, NJ 1998/278, m.nt. Snijders (*Mantovanelli/Frankrijk*) en EHRM 5 juli 2007, ECLI:CE:ECHR:2007:0705JUD003193004, AB 2009/319, m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik (*Sara Lind/IJsland*).

⁶ EHRM 15 februari 2005, ECLI:CE:ECHR:2005:0215JUD006841601, EHRC 2005/37, m.nt. Gerards (*Steel & Morris/Verenigd Koninkrijk*).

⁷ ABRvS 1 oktober 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3547, AB 2015/69, m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik. Daarbij valt op dat de Afdeling ambtshalve onderzoekt of de gewraakte procesbeslissing van de rechtbank het beginsel van equality of arms schendt.

⁸ T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, ‘Het EVRM als inspiratiebron en correctiemechanisme voor de Awb’, in: T. Barkhuysen e.a. (red.), *15 jaar Awb*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 557-587.

ling van artikel 8:29 Awb ter discussie te stellen: vertrouwelijke kennisname van stukken door de rechter terwijl een van de partijen deze stukken niet kent, kan door de beugel.⁹ Ook de regeling van artikel 8:32 Awb (vertrouwelijke kennisname van stukken door een gemachtigde advocaat of arts zonder dat hun cliënt deze mag inzien) is volgens de Centrale Raad niet problematisch.¹⁰ Evenmin is de regeling van artikel 8:47 Awb volgens de Afdeling in strijd met deze eisen, ook niet omdat partijen pas na het uitbrengen van een deskundigenrapport aan de rechter daarop kunnen reageren.¹¹ Wel in strijd met deze eisen van equality of arms is het ongegrond verklaren van een verzet zonder de verzoekende partij in de gelegenheid te stellen te worden gehoord.¹²

De beperkingsmogelijkheid van artikel 8:29 Awb op het beginsel van openbaarheid en van equality of arms is dus op een zodanige wijze vormgegeven dat deze volgens de Afdeling met voldoende waarborgen is omkleed. Het recht op een eerlijke procesvoering wordt daarmee niet in zijn essentie beperkt.¹³ In aanvulling daarop maakt de Afdeling echter wel uit dat wanneer een voor betrokkene belastend besluit in belangrijke mate is gebaseerd op vertrouwelijke informatie, de minister niet het laatste woord mag hebben over het al dan niet vertrouwelijk kennisnemen van relevante stukken door de rechter. In het bijzonder acht de Afdeling de regeling in de Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten (Wiv), op grond waarvan het eindoordeel over de beperkte kennisname van stukken niet aan de rechter maar aan de minister van BZK is voorbehouden, in strijd met artikel 6 EVRM.¹⁴ Bovendien heeft de Afdeling – als gezegd – het beginsel van equality of arms als algemeen aan artikel 6 EVRM ten grondslag liggend rechtsbeginsel toegepast in een WOB-zaak. Op basis van dit beginsel maakt de Afdeling korte metten met de procesbeslissing van de rechtbank om zonder wettelijke grondslag, zij het met toestemming van de wederpartij van de gemeente, de zitting buiten aanwezigheid van deze wederpartij voort te zetten. De rechtbank deed dit teneinde aan de gemeente nadere vragen te kunnen stellen over op basis van de regeling van artikel 8:29 Awb voorliggende geheime (voor de wederpartij niet kenbare) stukken.¹⁵

Op dit ogenblik staat de omgang met deskundigen en getuigen in de volle aandacht in het kader van de eisen van equality of arms. Dit naar aanleiding van de al aangehaalde uitspraken in de zaken Korosec en Gillissen. In die eerste zaak

⁹ ABRvS 8 april 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BI0419, JB 2009/133.

¹⁰ CRvB 12 mei 2005, ECLI:NL:CRVB:2005:AT5740, JB 2005/222, m.nt. Overkleef-Verburg.

¹¹ ABRvS 9 mei 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BA471, AB 2007/359, m.nt. Van den Broek en recent nog bevestigd in ABRvS 21 februari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:616.

¹² CRvB 27 mei 2004, ECLI:NL:CRVB:2004:AP0468, AB 2004/297, m.nt. De Waard.

¹³ Zo ook CBB 21 juli 2015, AB 2015/323, m.nt. Sauter.

¹⁴ ABRvS 30 november 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BU6382, AB 2012/142, m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik.

¹⁵ ABRvS 1 oktober 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3547, AB 2015/69, m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik.

constateert het Hof een schending van het vereiste van equality of arms, omdat de rechter een advies van een onder de verantwoordelijkheid van een bestuursorgaan werkzame medische deskundige volgt en het verzoek van betrokkene om een onafhankelijke deskundige te benoemen afwijst. In de zaak Gillissen liep Nederland zelfs tegen een Straatsburgse veroordeling aan. Deze uitspraak betreft getuigenbewijs. Daaruit volgt een aansporing voor een actieve opstelling van rechters als het gaat om het oproepen van getuigen (maar ook deskundigen) die licht kunnen doen schijnen op voor de beslechting van het geschil cruciale feiten. Het louter verwijzen door de rechter naar de mogelijkheid van partijen om zelf met getuigen en deskundigen te komen lijkt onder omstandigheden onvoldoende in het licht van artikel 6 lid 1 EVRM. In ieder geval geldt hier een serieuze motiveringsplicht. De regeling van de inzet van getuigen (artikel 8:46 en 8:60 e.v.) en deskundigen (onder meer artikel 8:34) in onze Awb voldoet aan de hiervoor geschetste eisen, maar toch dienen zich in de praktische toepassing daarvan knelpunten aan. De bestuursrechter maakt de laatste jaren fors minder gebruik van zijn bevoegdheid om zelf een deskundige te benoemen voor een contra-expertise. Datzelfde geldt bij het doorhakken van de knoop in gevallen waarin de overheid en betrokkene beide met een – tegengesteld – deskundigenadvies komen. Kostenoverwegingen lijken daarbij een rol te spelen, maar ook het feit dat inzet van deskundigen zorgt voor een verlenging van de procesduur. Tel daarbij op dat partijen vanwege de te hoge kosten of vanwege het feit dat alle beschikbare deskundigen al door de wederpartij(en) zijn ingezet vaak ook niet in staat zijn om zelf met deskundig onderbouwd tegenbewijs te komen en de spanning met de vereisten van een eerlijk proces is gegeven.¹⁶ Dit lijkt niet echt te zijn veranderd na de implementatie van het Korosec-kader in de jurisprudentie van Afdeling en Centrale Raad.¹⁷ Voor getuigen lijkt een vergelijkbaar beeld te bestaan. De Afdeling oordeelde mede in het licht van de uitspraak inzake Gillissen dat het recht op ‘fair trial’ voor een partij niet met zich brengt het recht om in alle gevallen door de rechter getuigen te laten oproepen. Het is daarvoor in ieder geval noodzakelijk dat het horen van een getuige dient ter ondersteuning van de zaak (‘support of their case’). De rechter heeft bij de toepassing van artikel 8:60 lid 1 Awb beoordelingsruimte en mag afzien van het oproepen van getuigen ingeval de verklaring van de op te roepen getuige niet noodzakelijk is voor de vaststelling van de relevante en in geschil zijnde feiten.¹⁸

Dit knelpunt vergt aandacht van bestuur en rechter. De bestuursrechter zal extra alert moeten zijn als het gaat om deskundigenbewijs dat afkomstig is van een aan de overheid verbonden adviseur. Bij beslissend bewijs zal hij de betrok-

¹⁶ Vgl. Y.E. Schuurmans & M.F. Vermaat, ‘Gebrekkige regelingen en andere pijnpunten bij medisch bewijs’, *NTB* 2013/30.

¹⁷ ABRvS 30 juni 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1674, AB 2017/365; CRvB 30 juni 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:2226, AB 2017/366, m.nt. Koenraad en ABRvS 30 juni 2017, AB 2017/367, m.nt. A.M.L. Jansen.

¹⁸ ABRvS 11 april 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1200, AB 2018/171, m.nt. Ortlep.

kene dan of in de gelegenheid moeten stellen zelf met deskundig tegenbewijs te komen of als rechter zelf een deskundige dienen te benoemen. Daarbij moet hij ook oog hebben voor de financiële mogelijkheden en onmogelijkheden van een partij om zelf een deskundige in te schakelen. Dat betekent dat de bestuursrechter meer dan nu het geval is zelf deskundigen moet gaan inschakelen en daarbij partijen de mogelijkheid moet bieden te reageren op het concept-rapport.¹⁹ Dit impliceert dat hij anders dan nu meestal gebeurt al in de beginfase van een procedure kennisneemt van het dossier om tijdig bewijsinstructies te kunnen geven. Weliswaar duurt een procedure daarmee langer, maar die prijs is een eerlijk proces waard. Temeer omdat daarmee ook de effectieve geschilbeslechting wordt gediend, nu de rechter na ontvangst van het tegendeskundigenrapport waarschijnlijk vaker zelf in de zaak kan voorzien en de zaak niet hoeft terug te verwijzen naar het bestuur. Ook bij het oproepen van getuigen zou de bestuursrechter actiever van zijn bevoegdheden gebruik moeten maken.

Als laatste knelpunt kan worden gewezen op de bestuurlijke lus (artikel 8:51a Awb) waarmee de bestuursrechter het bestuursorgaan in de gelegenheid kan stellen een gebrek te herstellen.²⁰ Te gedetailleerde aanwijzingen aan het bestuursorgaan, kunnen leiden tot de terechte conclusie dat de rechter de schijn van vooringenomenheid heeft die op gespannen voet staat met artikel 6 EVRM en waarmee de burger in een ongelijke positie ten opzichte van het bestuur wordt geplaatst.²¹ Aanbevelingen op basis van evaluatieonderzoek²² om dit in de Awb te borgen zijn door de verantwoordelijke minister afgewezen omdat dit niet nodig zou zijn. Datzelfde geldt voor de aanbeveling om partijen na een reparatiepoging door het bestuur altijd het recht op een tweede zitting te geven.²³

In bredere zin geldt voor de bestuurlijke lus dat het bestuursorgaan een herkansingsmogelijkheid wordt geboden waar de burger die niet krijgt en deze streng wordt afgerekend op bijvoorbeeld het niet tijdig inbrengen van bewijs. Het is de vraag of deze gang van zaken uiteindelijk niet wringt met het beginsel van equality of arms. Teneinde de ‘wapens’ aan beide kanten weer gelijk te trekken, is het dan ook passend om hier een zogenaamde ‘burgerlijke lus’ te introduceren

¹⁹ Zoals nu al gebruikelijk is bij de rechtbanken en de Centrale Raad van Beroep maar in de recent vastgestelde gedragscode voor deskundigen van de ABRvS uitdrukkelijk wordt verboden, zie voor terechte kritiek hierop vanuit het perspectief van artikel 6 EVRM: H.J.M. Besselink, ‘Gedragscode deskundigen bij de Afdeling bestuursrecht-spraak: onnodig en onverstandig verbod op concept-rapportage’, *JBplus* 2018/2, p. 30-35.

²⁰ Vgl. Ch.W. Backes e.a., ‘Vier jaar bestuurlijke lus – success story of teleurstelling?’, *JBplus* 2014/4.

²¹ CRvB 16 april 2013, ECLI:NL:CRVB:2013:BZ7385, *JB* 2013/119, m.nt. Kaya & Timmermans; vgl. ook CRvB 29 januari 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:375, *JB* 2016/73, m.nt. Timmermans.

²² Ch.W. Backes e.a., *Evaluatie bestuurlijke lus Awb en internationale rechtsvergelijking*, Den Haag: WODC 2014.

²³ *Kamerstukken II* 2017/18, 34107, 2; *Kamerstukken II* 2017/18, 29279, 407.

waarbij de burger ook de mogelijkheid krijgt bepaalde gebreken (bijvoorbeeld om bepaalde bewijsmiddelen aan te dragen) te herstellen.²⁴ Dit zou nu al op informele wijze kunnen maar ter vergroting van de rechtszekerheid zou hiervoor ook een basis in de Awb kunnen worden gelegd.

4. Tot slot

Al met al kan worden geconcludeerd dat de Algemene wet bestuursrecht in het algemeen in balans is als het gaat om het accommoderen van de eisen van equality of arms, zoals gegarandeerd door art. 6 EVRM dan wel op basis van ongeschreven rechtsbeginselen. De bestuursrechter dient daarbij daadwerkelijk gebruik te maken van bestaande bevoegdheden, bijvoorbeeld het horen van getuigen en inschakelen van deskundigen, als dat nodig is om het evenwicht tussen beide partijen te herstellen. Daarbij past ook de introductie van de hiervoor besproken (informele dan wel formele) ‘burgerlijke lus’. Ten slotte blijft adequate rechtsbijstand in het bestuursrecht een cruciaal punt om te kunnen blijven spreken over daadwerkelijke equality of arms. Over 25 jaar spreken we u graag weer.

²⁴ Zie reeds L.M. Koenraad, ‘De toekomst van de bestuurlijke lus’, *Ars Aequi* 2010, p. 235-244.